



## § 11 Datenschutzrecht als Immaterialgüterrecht sui generis

Nachdem in § 9 und § 10 Weiterentwicklungsmöglichkeiten des Datenschutzrechts auf der schuldrechtlichen Ebene untersucht wurden, wird nun die Ebene der Ausschliesslichkeitsrechte untersucht. Von anderen Rechten an Gütern mit persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln könnte abgeleitet werden, in welche Richtung sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Datenschutzrecht im Privatrecht zukünftig weiterentwickeln liesse.<sup>1133</sup> Anhand der Entwicklung insbesondere des Urheberpersönlichkeitsrechts, des Rechts am eigenen Bild und des Namensrechts kann erkannt werden, dass persönlichkeitsrechtliche Bindungen faktisch kontinuierlich kommerzialisiert wurden, obwohl dies zu Beginn dieser Entwicklung stets abgelehnt wurde.<sup>1134</sup> Auch aus diesem Grund rückt die Einführung eines sogenannten «Dateneigentums» immer wieder in den Fokus der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung.<sup>1135</sup>

Wie in § 2 gezeigt wurde, stellt das geltende Datenschutzrecht kein Ausschliesslichkeitsrecht, sondern lediglich ein abwägungsoffenes Rahmenrecht der von Daten betroffenen Personen dar. Auch über andere Rechtsinstitute kann kein Ausschliesslichkeitsrecht an (Personen-)Daten begründet werden (I.). Für Personendaten wird deshalb die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts zu einem Immaterialgüterrecht *sui generis* vorgeschlagen.<sup>1136</sup> Die Wirkungen und Ausgestaltungsmöglichkeiten eines solchen Rechts werden im Folgenden dargestellt (II.). Zum Schluss wird der Vorschlag anhand der Interessenlage beim Datenhandel geprüft (III.).

### I. Kein Ausschliesslichkeitsrecht de lege lata

In § 2 wurde bereits festgestellt, dass durch das Datenschutzrecht kein eigentumsartiges Recht an Personendaten begründet wird. Weiter soll aufgezeigt werden, dass

<sup>1133</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1045; so auch SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 123, mit dem Hinweis, eine Rechtsfortbildung sei möglich, «wenn sich der Charakter eines Rechts ändert»; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 179.

<sup>1134</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1045; vgl. SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; WEICHERT, NJW 2001, S. 1463 f.

<sup>1135</sup> Z. B. FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 101 ff.; FEZER, ZD 2017, S. 99 ff.; FEZER, MMR 2017, S. 3 ff.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 21 ff.; NAUMER, S. 236; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 165; HOEREN, MMR 2013, S. 486 ff.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 66 ff.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 120 ff.; SPECHT, DGRI 2017, N 1; DETERMANN, ZD 2018, S. 505 ff.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203 ff.; vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 199 f.; RICHTER/HILTY, S. 241 ff.; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 268 ff.; dazu auch DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 340 f.; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 1; SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 103; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 30 f., 53 f.

<sup>1136</sup> Dazu Bericht AG Digitaler Neustart, S. 41; FEZER, MMR 2017, S. 3 ff.; FEZER, ZD 2017, S. 99 ff.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 45 ff.; WANDTKE, MMR 2017, S. 6 ff.; KILIAN, CRI 2012, S. 172 f.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203 ff.; LADEUR, DuD 2000, S. 18; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 120 ff.; BUCHNER, DGRI 2011, S. 53 ff.; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1467; NAUMER, S. 236; SCHULZ, S. 293; zur Diskussion auch JENTZSCH, Dateneigentum, S. 1 ff.; PEARCE, EDPL 2018, S. 197 ff.; a. A. allerdings BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 166, welche den Datenschutz «nur als Schranke für die Ausübung» eines Ausschliesslichkeitsrechts an Daten sehen.

auch bestehende Ausschliesslichkeitsrechte nicht als Grundlage für ein eigentumsartiges Recht an Personendaten dienen können. So kann ein Ausschliesslichkeitsrecht an (Personen-)Daten weder auf das Sachen- oder Immaterialgüterrecht noch auf das Leistungsschutzrecht gestützt werden. Dies wird im Folgenden dargestellt.

### 1. Sachenrecht

Dem Eigentümer einer Sache wird durch das Sachenrecht (Eigentum) ein umfassendes Herrschaftsrecht an einer Sache mit Wirkung *erga omnes* und ohne zeitliche Beschränkung eingeräumt.<sup>1137</sup> Alle Handlungsbefugnisse an der Sache werden dem Eigentümer zugewiesen, insbesondere der Besitz als auch die Nutzung der Sache. Der Eigentümer kann die Sache zum Gegenstand von Verträgen machen und auf diese Weise die Sache einem Dritten zur Nutzung überlassen, dingliche Rechte an ihr begründen oder das Eigentum an der Sache übertragen. Dies wird auch die positive Seite des Eigentums genannt und ist in Art. 641 Abs. 1 ZGB geregelt. Der Eigentümer einer Sache hat zudem Abwehrbefugnisse inne, denn er kann gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB jede ungerechtfertigte Einwirkung auf die Sache abwehren (*actio negatoria*) und sie von jedem herausverlangen, der sie ihm vorenthält (*rei vindicatio*).<sup>1138</sup>

Das ZGB enthält keine Legaldefinition des Sachbegriffs, womit die Definition der Lehre und Rechtsprechung nach Massgabe der Verkehrsauffassung überlassen bleibt.<sup>1139</sup> Gemäss der Lehre handelt es sich bei einer Sache um einen körperlichen, abgegrenzten Gegenstand, welcher sowohl rechtlich als auch tatsächlich beherrscht werden kann.<sup>1140</sup> Deshalb kann Eigentum nur an körperlichen Sachen (und Naturkräften<sup>1141</sup>) bestehen.<sup>1142</sup> Daten stellen keine körperlichen Güter da, weshalb ein Eigentumsrecht an ihnen ausser Betracht fällt.<sup>1143</sup>

Allerdings wird eine Anwendung des Sachenrechts auf Daten mittels der Erweiterung des Sachbegriffs diskutiert. ECKERT argumentiert, ausgehend von der Verkehrsauffassung, Daten würden bereits wie Fahrnis behandelt, z. B. erworben, genutzt und übertragen. Durch ihre Verkörperung auf Datenträgern seien sie auch verkörpert und

<sup>1137</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 3. Eine Sache kann allerdings gemäss Art. 728 ZGB ersonnen oder gemäss den Art. 714 Abs. 2 und 933 f. ZGB von einem Nicht-Berechtigten gutgläubig erworben werden.

<sup>1138</sup> Zum Ganzen BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 40 ff.

<sup>1139</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor. Art. 641 ff. N 6; vgl. WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 16. In den Nachbarländern Deutschland und in Österreich bestehen dagegen Legaldefinitionen: Gemäss § 90 des D-BGB sind «Sachen [...] nur körperliche Gegenstände», während gemäss § 285 und § 353 des AT-ABGB alles eine Sache darstellt, «was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient» und Eigentum sowohl an körperlichen als auch an unkörperlichen Sachen bestehen kann.

<sup>1140</sup> Z. B. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor. Art. 641 ff. N 6; HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 7; SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 629.

<sup>1141</sup> Art. 713 ZGB. Daten sind aber auch keine Naturkräfte, HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 7, 31.

<sup>1142</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 629; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 16.

<sup>1143</sup> HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 7 ff.; SCHULZ, S. 291; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 318; HOEREN/VÖLKELE, S. 17; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz. 16; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 7; HÜRLIMANN/ZECH, N 8; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 26; dazu auch KARIKARI, S. 152.

vom Menschen beherrschbar. Aus diesem Grund möchte Eckert den Sachbegriff leicht erweitern und Daten als Sachen («*res digitalis*»<sup>1144</sup>) qualifizieren.<sup>1145</sup> Durch eine Qualifikation als Sachen würden Daten einem Eigentümer zugeordnet und den Regeln des Eigentums und des Besitzes unterstellt.<sup>1146</sup> ECKERT möchte das originäre Eigentum an Daten dem «Datenerzeuger» zuweisen, also derjenigen Person, welche technisch und wirtschaftlich die Erst-Speicherung der Daten vorgenommen hat.<sup>1147</sup>

HESS-ODONI schlägt vor, einen materiell auf der analogen Anwendung des Sachenrechts sowie auf neuem Richterrecht basierenden Eigentumsschutz für Daten einzuführen, um die seiner Meinung nach bestehende echte Gesetzeslücke zu füllen.<sup>1148</sup> Im Ergebnis soll der Berechtigte frei über seine Daten verfügen und Dritten die Nutzung seiner Daten verbieten können.<sup>1149</sup>

Hinsichtlich dieser Ansätze ist anzumerken, dass sich Daten als öffentliche Güter grundlegend von Sachen unterscheiden.<sup>1150</sup> Datenträger hingegen – welche nach obigen Ausführungen Daten beherrschbar machen sollen – sind bereits gemäss dem heutigen Sachbegriff als Sachen zu qualifizieren und unterliegen damit den sachenrechtlichen Bestimmungen. Insbesondere die vorgeschlagene Zuweisung eines Eigentumsrechts an den Datenerzeuger entspricht hinsichtlich Personendaten zudem jedem Persönlichkeitsschutzgedanken. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass (Personen-)Daten nicht dem Sachenrecht unterliegen und dies auch künftig so zu halten ist.<sup>1151</sup>

## 2. Immaterialgüterrecht

Im Immaterialgüterrecht kommt für einen Schutz von Daten vor allem das Urheberrecht infrage.<sup>1152</sup> Das Urheberrecht weist die Befugnisse an Werken, d. h. an geistigen Schöpfungen der Literatur und Kunst mit individuellem Charakter (Art. 2 Abs. 1

<sup>1144</sup> ECKERT, SJZ 2016, Daten als Sache, S. 246.

<sup>1145</sup> ECKERT, SJZ 2016, Daten als Sache, S. 245 ff.; ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum, S. 265.

<sup>1146</sup> Zum Ganzen ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum, S. 265 ff.; SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 631; zum «Datenbesitz» HOEREN, MMR 2019, S. 6.

<sup>1147</sup> ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum, S. 267 f.; dazu auch HOEREN, MMR 2019, S. 7; HOEREN, MMR 2013, S. 487.

<sup>1148</sup> HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 34, 38 ff.

<sup>1149</sup> HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 38 ff.

<sup>1150</sup> Vgl. BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 170 f.; HEYMANN, CR 2016, S. 656; SCHULZ, S. 294; ZECH, CR 2015, S. 142; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 28; dazu auch SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 631; HOEREN, MMR 2019, S. 6; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 39 f.

<sup>1151</sup> Ebenso BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 170 f.; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 28.

<sup>1152</sup> Ebenso WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 17; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 7; vgl. THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 28 f. In den letzten Jahren wird allerdings auch ein Schutz von Daten auf der syntaktischen Ebene durch das Patentrecht diskutiert, z. B. Urteil des deutschen BGH vom 17.02.2004, Az. X ZB 9/03, «Signalfolge», zur Gebrauchsmusterfähigkeit einer Signalfolge; Urteil des deutschen BGH vom 21.08.2012, Az. X ZR 33/10, «MPEG-2-Videosignalcodierung», zu Datenfolgen als Verfahrenserzeugnis; Urteil des deutschen BGH vom 27.09.2016, Az. X ZR 124/15, «Rezeptortyrosinkinase II», zu Datenfolgen als Gegenstand eines Sachpatents.

URG), ungeachtet ihres Werts oder Zwecks ihrem Urheber umfassend und ausschliesslich zu.<sup>1153</sup> Der Urheber kann sein Recht gemäss Art. 16 Abs. 1 URG mit Ausnahme der Urheberpersönlichkeitsrechte auf Dritte übertragen. Allerdings wird das umfassende Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers einerseits durch die im 5. Kapitel des URG festgehaltenen Schranken und andererseits durch die zeitliche Befristung begrenzt.<sup>1154</sup>

Stellen Daten eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter dar, können sie urheberrechtlich geschützt sein.<sup>1155</sup> Werden Daten von Maschinen generiert, liegt das Merkmal der geistigen Schöpfung allerdings gerade nicht vor, weshalb solche Daten nicht urheberrechtlich schutzfähig sind.<sup>1156</sup> Für Datenbanken, jedoch nicht für die einzelnen Daten, kommt immerhin ein urheberrechtlicher Schutz als Sammelwerk in Betracht, sofern die Auswahl oder Anordnung der gesammelten Daten eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter darstellt.<sup>1157</sup>

Wichtig ist, dass das Urheberrecht keinen Schutz der semantischen Information bietet, sondern die Art und Weise schützt, wie diese mitgeteilt wird.<sup>1158</sup> Personendaten werden jedoch gerade über die semantische Ebene definiert, es kommt nicht auf die Art ihrer Mitteilung, d. h. die syntaktische Ebene, an. Deshalb ist das Urheberrecht für den Schutz von Personendaten ungeeignet.

### 3. Leistungsschutzrecht

Ferner könnten bestehende Leistungsschutzrechte auf Daten angewendet werden.<sup>1159</sup> Durch Leistungsschutzrechte erhält der Berechtigte ein Ausschliesslichkeitsrecht an der eigenen Leistung mit Wirkung *erga omnes*. Damit werden Investitionen geschützt, um einen Anreiz zu ihrer Tätigkeit zu setzen, denn ohne solchen Schutz bestünde das Risiko einer Aneignung der erbachten Leistung durch einen Dritten.<sup>1160</sup>

---

<sup>1153</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 629. Gemäss Art. 10 Abs. 1 URG hat der Urheber das ausschliessliche und umfassende Recht, über die Nutzung des Werkes zu bestimmen. Zudem enthält Art. 10 Abs. 2 URG einen Katalog mit Befugnissen, die dem Urheber zugewiesen sind.

<sup>1154</sup> Ein veröffentlichtes Werk darf z. B. gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a URG zum Privatgebrauch verwendet werden. Der Schutz erlischt gemäss Art. 29 Abs. 2 URG 50 Jahre nach dem Tod des Urhebers von Computerprogrammen und 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers aller anderen Werke.

<sup>1155</sup> WIEBE, S. 97; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 17; dazu eingehend HOEREN/VÖLKELE, S. 41 ff.

<sup>1156</sup> WIEBE, S. 97; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 17; SCHULZ, S. 289; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 120.

<sup>1157</sup> Art. 4 Abs. 1 URG; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 7; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 26.

<sup>1158</sup> BGE 113 II 306, 308, E. 3. a; HUGENHOLTZ, S. 83.

<sup>1159</sup> Vgl. WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 31 f.

<sup>1160</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 630; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 29. Als Beispiele sind das Leistungsschutzrecht für Interpreten in Art. 33 ff. URG, für Hersteller von Ton- und Bildträgern in Art. 35 f. URG und für Sendeunternehmen in Art. 37 URG zu nennen. Vor der Übernahme und Verwertung eines marktreifen Arbeitsergebnisses durch Dritte mittels technischer Reproduktionsverfahren und ohne angemessenen eigenen Aufwand schützt Art. 5 lit. c UWG.

Durch Leistungsschutzrechte werden jedoch keine übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechte an Daten begründet.<sup>1161</sup> Bestehende Leistungsschutzrechte gewähren betroffenen Personen insbesondere keinen Schutz der sie betreffenden Personendaten.<sup>1162</sup> Dies ist auch konsequent, denn wie hinsichtlich einer möglichen Beteiligung der von Daten betroffenen Personen ausführlich dargestellt wurde (§ 6 I.), erbringen die Betroffenen auch keine schützenswerte Leistung bzw. Investition: Blosses von Daten Betroffensein reicht für ein Leistungsschutzrecht nicht aus.

#### 4. Datenbankherstellerschutz

Mit der Datenbankrichtlinie kennt die EU einen Datenbankherstellerschutz *sui generis*. Gemäss Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie stellt eine Datenbank eine Sammlung von Daten dar, welche systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln zugänglich sind. Der Datenbankhersteller hat gemäss Art. 7 Abs. 1 und 5 sowie Art. 10 Abs. 1 der Datenbankrichtlinie während eines Zeitraums von 15 Jahren das Recht, die Entnahme und/oder Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines qualitativ oder quantitativ wesentlichen Teils des Inhalts der Datenbank sowie die wiederholte und systematische Entnahme und/oder Weiterverwendung unwesentlicher Teile zu untersagen. Voraussetzung des Schutzes ist gemäss Art. 7 Abs. 1 der Datenbankrichtlinie eine qualitativ oder quantitativ wesentliche Investition in die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung des Inhalts einer Datenbank. Investitionen in die Erzeugung von Daten erfüllen die Schutzvoraussetzung allerdings nicht.<sup>1163</sup>

Allerdings ist zu betonen, dass die Datenbankrichtlinie nur die Datenbank schützt, nicht aber die Daten an sich.<sup>1164</sup> Zudem wurde die Datenbankrichtlinie (bisher) von der Schweiz nicht nachvollzogen. Somit wird auch durch die Datenbankrichtlinie kein übertragbares Ausschliesslichkeitsrecht an (Personen-)Daten begründet.

#### 5. Zwischenergebnis

Personendaten werden weder durch das Sachenrecht noch durch das Immaterialgüterrecht geschützt. Auch über bestehende Leistungsschutzrechte kann kein Schutz von Personendaten erreicht werden. Wenn aber weder über das Datenschutzrecht noch über andere bestehende Rechtsinstitute ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten begründet werden kann, bleibt für das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten nur die Einführung eines neuen Rechtsinstituts im Sinne eines eigenen Immaterialgüterrechts *sui generis*.<sup>1165</sup>

<sup>1161</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 630.

<sup>1162</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 5 lit. c UWG auf Big-Data-Analysen SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 630.

<sup>1163</sup> EuGH vom 9. November 2004, C-338/02; EuGH vom 9. November 2004, C-444/02; EuGH vom 9. November 2004, C-46/02; dazu ausführlich SCHMIDT/ZECH, CR 2017, S. 417 ff.; HUGENHOLTZ, S. 86; HOEREN/VÖLKELE, S. 45 ff.

<sup>1164</sup> Dazu WIEBE, S. 100 ff.; siehe auch BAINBRIDGE, S. 347 ff.; HUGENHOLTZ, S. 87; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 30.

<sup>1165</sup> SCHULZ, S. 293.

## II. Ein eigentumsartiges Recht für Personendaten und seine Wirkungen

Politisch wurde die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten bereits im Jahr 2014 durch zwei parlamentarische Initiativen in die Schweizer Debatte eingebracht: Die parlamentarische Initiative 14.413 «Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung» vom 21. März 2014 forderte zunächst die Änderung des Datenschutzes von einem Missbrauchsschutz hin zu einem festgeschriebenen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Mit der parlamentarischen Initiative 14.434 «Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern» vom 20. Juni 2014 sollte sogar ein eigentumsartiges Recht an Personendaten auf Verfassungsrang eingeführt werden. Beide Initiativen zielten darauf ab, das Datenschutzrecht weiterzuentwickeln: Aus einem Abwehrrecht sollte ein Recht entstehen, durch welches von Daten betroffene Personen die «weitgehende Verfügungshoheit über die sie betreffenden Daten» hätten.<sup>1166</sup> Beide Initiativen wurden am 29. September 2017 vom Nationalrat mit dem Hinweis abgeschrieben, dass die bereits existierende Verfassungsbestimmung die «Forderungen der Initiativen obsolet» mache.<sup>1167</sup> Zudem wurde durch die Staatspolitischen Kommissionen darauf hingewiesen, dass die Anliegen der beiden Initiativen innerhalb der Totalrevision des Datenschutzgesetzes behandelt würden.<sup>1168</sup> Die Totalrevision des Datenschutzgesetzes ist noch nicht abgeschlossen. Ob das Datenschutzrecht zu einem eigentumsartigen Recht weiterentwickelt werden soll wurde im Zuge dieser Revision bisher nicht thematisiert. Das Schaffen eines generellen «Dateneigentums» wurde jedoch mit Hinweis auf Fehlen eines solchen Rechts in allen anderen europäischen Ländern als nicht umsetzbar beurteilt.<sup>1169</sup>

In der nationalen und internationalen wissenschaftlichen Diskussion wird das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts für (alle) Daten und auch das Schaffen eines Immaterialgüterrechts *sui generis* speziell für Personendaten immer wieder vorgeschlagen.<sup>1170</sup> Deshalb ist es wichtig, an dieser Stelle Letzteres als Weiterentwicklungsmöglichkeit des Datenschutzrechts zu untersuchen. Die Untersuchung erfolgt anhand der Wirkungen eines solchen Rechts.

<sup>1166</sup> Medienmitteilung SK SR vom 20.08.2015.

<sup>1167</sup> Bericht SK NR vom 18.08.2017, S. 4, sowie zur Abschreibung der Initiativen durch den Nationalrat [www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=41225](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=41225) (zuletzt besucht am 05.07.2019).

<sup>1168</sup> Bericht SK NR vom 18.08.2017, S. 4; Medienmitteilung SK SR vom 20.08.2015.

<sup>1169</sup> Botschaft DSG 2017, 6988. Die meisten Neuerungen hängen mit den Entwicklungen der Datenschutzgesetzgebung des Europarats und der Europäischen Union, insbesondere der DSGVO, zusammen, dazu Botschaft DSG 2017, 6943, 6989 ff.; vgl. HUSI-STÄMPFLI, Rz. 13; HÜRLIMANN/ZECH, N 15; für eine Übersicht siehe z. B. VASELLA, *swissblawg*; Medienmitteilung BR vom 15.09.2017; für eine Übersicht der Auswirkungen der DSGVO auf die Schweiz siehe z. B. BERGAMELLI, *Jusletter* vom 30.04.2018.

<sup>1170</sup> Vorschläge z. B. von KILIAN, *Gegenleistung*, S. 199 f.; KILIAN, *CRi* 2012, S. 173; FEZER, *MMR* 2017, S. 3 ff.; FEZER, *Digitales Dateneigentum*, S. 108; FEZER, *ZD* 2017, S. 99 ff.; FEZER, *Repräsentatives Dateneigentum*, S. 45 ff.; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; SCHWARTMANN/HENTSCH, *PinG* 2016, S. 120 ff.; FLÜCK-IGER, *AJP* 2013, S. 837 ff.; LADEUR, *DuD* 2000, S. 18; BUCHNER, *DGRI* 2011, S. 53 ff.; dazu z. B. WEICHERT, *NJW* 2001, S. 1467; BUCHNER, *Informationelle Selbstbestimmung*, S. 203 ff.; ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 66; ZECH, *CR* 2015, S. 137; SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 51; vgl. auch die Ausführungen von THOUVENIN, *SJZ* 113/2017; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, *SZW* 2017, S. 29; vgl. DORNER, *CR* 2014, S. 619; zum Ausschliesslichkeitsrecht generell an (allen) Daten

### 1. Ausschliessliche Zuweisung der Handlungsbefugnisse

Die primäre Wirkung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten wäre die ausschliessliche Zuweisung der Handlungsbefugnisse an die von den Daten betroffene Person (a). Das übertragbare Ausschliesslichkeitsrecht könnte allerdings durch Schrankenregelungen begrenzt werden (b). Eine Herausforderung stellt hingegen die Abgrenzung von Personen- und Sachdaten dar (c).

#### a) Umfassende und ausschliessliche Zuweisung

Das geltende Datenschutzrecht weist den von Daten Betroffenen die Handlungsbefugnisse an Personendaten umfassend zu. Allerdings werden die Handlungsbefugnisse nicht unbedingt auch ausschliesslich zugewiesen: Ob eine Datenbearbeitung, d. h. ein Eingriff in den Schutzbereich, auch eine Verletzung ausschliesslich zugewiesener Befugnisse darstellt, muss erst durch eine Interessenabwägung bestimmt werden. Wenn die Interessen des Datenbearbeiters überwiegen, darf er die betreffende Befugnis ausüben, womit sie im konkreten Fall nicht ausschliesslich der betroffenen Person zusteht. Deshalb kann das geltende Datenschutzrecht als Rahmenrecht bzw. abwägungsoffenes Recht bezeichnet werden.<sup>1171</sup>

Mit der Gewährung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten, welches originär bei der von Daten betroffenen Person entsteht, würden die Handlungsbefugnisse den Betroffenen ausschliesslich zugewiesen.<sup>1172</sup> Von zentraler Bedeutung ist die sorgfältige Konstruktion eines solchen Ausschliesslichkeitsrechts als Rechtebündel, da die Definition von Informationen sehr viel weniger klar ist als die von körperlichen Objekten.<sup>1173</sup> Die erste Frage, welche sich bei der Ausgestaltung eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten stellt, ist, ob den Betroffenen zwangsläufig alle Handlungsbefugnisse zugewiesen werden müssen.<sup>1174</sup> Wesentlich ist jedenfalls die Zuweisung der Nutzungsbefugnis an den Personendaten, denn aus wirtschaftlicher Sicht ist diese Befugnis entscheidend.<sup>1175</sup> Wird die Nutzungsbefugnis ausschliesslich zugewiesen, kann der Inhaber des Rechts umgekehrt Dritten die Nutzung der betreffenden Personendaten verbieten.<sup>1176</sup>

---

z. B. RIEHM, S. 73 ff.; HORNUNG/HOFMANN, S. 316.

<sup>1171</sup> Zum Ganzen § 2 II.

<sup>1172</sup> Vgl. ZECH, CR 2015, S. 145; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass FEZER, ZD 2017, S. 99 ff.; DERS., MMR 2017, S. 3 ff.; DERS., Digitales Dateneigentum, S. 101 ff.; DERS., Repräsentatives Dateneigentum, S. 35 ff., ein eigentumsartiges Recht an «verhaltensgenerierten Daten» der Bürger fordert, wobei diese Daten von Personendaten zu unterscheiden sein und neben Personendaten auch anonymisierte Daten umfassen sollen. Wie dies in der Praxis umzusetzen sein soll, wird jedoch nicht erläutert. Aus diesem Grund wird in der vorliegenden Arbeit davon ausgegangen, dass «verhaltensgenerierte Daten» Personendaten sind.

<sup>1173</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 59.

<sup>1174</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 38 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 2.

<sup>1175</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 124.

<sup>1176</sup> ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 318; vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28, nach welchem ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten die betroffenen Personen mindestens dazu befähigen sollte, Dritten die Nutzung der Personendaten zu verbieten. Es kommt aber nicht nur

Eine zweite Frage hinsichtlich der Ausgestaltung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten ist, auf welche Informationsebene sich das Recht beziehen soll. Personendaten, die im Sinne des Datenschutzgesetzes bearbeitet werden können, lassen sich als maschinenlesbar codierte Information definieren, welche einen semantischen Bezug zu mindestens einer bestimmten oder bestimmbarer Person aufweist. Personendaten an sich werden jedoch stets nur über die semantische Ebene, d. h. über ihre Bedeutung, definiert und abgegrenzt.<sup>1177</sup> Soll ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten sich nun auf die semantische Ebene, d. h. die Aussage bzw. die Bedeutung, oder auf die syntaktische Ebene, d. h. die «konkrete Festlegung»<sup>1178</sup>, beziehen?<sup>1179</sup>

THOUVENIN skizziert unter Hinweis auf den noch bestehenden Forschungsbedarf verschiedene Varianten der konkreten Ausgestaltung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten.<sup>1180</sup> Als erste Variante könnte den betroffenen Personen ein eigentumsartiges Recht an sie betreffenden Daten auf der semantischen Ebene eingeräumt werden, während die Unternehmen, welche diese Daten gesammelt und gespeichert haben, ihrerseits ein Recht an der Festlegung der Daten, d. h. an der konkreten syntaktischen Information, erhalten sollen.<sup>1181</sup> Die Unternehmen können die betreffenden Daten allerdings dennoch nur mit Einwilligung der Betroffenen nutzen, da das Recht der betroffenen Personen an der semantischen Ebene auch jede Festlegung auf der syntaktischen Ebene umfasst.<sup>1182</sup> Die Unternehmen könnten das eigentumsartige Recht der Betroffenen erwerben und anschliessend jedermann, also auch den Betroffenen, die Nutzung der Daten untersagen.<sup>1183</sup>

Bei der zweiten Variante schlägt THOUVENIN vor, sich bloss auf die konkrete syntaktische Ebene der Daten zu beziehen, an welcher sowohl die Unternehmen, die die Personendaten in der konkreten Form gespeichert haben, als auch die betroffenen Personen ein Recht erhalten sollen.<sup>1184</sup> Das eigentumsartige Recht an diesen Daten soll den von den Daten Betroffenen sowie den Unternehmen zugewiesen werden, welche die Daten sammeln und speichern.<sup>1185</sup> Da in diesem Fall Miteigentum an den Daten bestehen würde, müssten sich die Berechtigten über Fragen der Nutzung und Veräusserung einigen, was in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann.<sup>1186</sup> Die Nutzung der Daten durch Dritte wird nur beschränkt, wenn die Dritten genau diese

---

darauf an, Dritten die Nutzung verbieten zu können, sondern vor allem darauf, was der Rechteinhaber selbst mit dem Zugewiesenen tun kann, vgl. ZECH, AcP 2019, S. 506.

<sup>1177</sup> Z. B. ZECH, CR 2015, S. 141.

<sup>1178</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1179</sup> Vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

<sup>1180</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 27 ff.

<sup>1181</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1182</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; ähnlich FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 119, und SCHULZ, S. 297 f., welche die geltenden datenschutzrechtlichen Normen zusätzlich zu einem «Dateneigentum» anwenden wollen.

<sup>1183</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29, welcher diese Variante ablehnt, da «damit die Nutzung von Daten stark eingeschränkt werden und sich das Dateneigentum im Ergebnis zum Nachteil der betroffenen Personen auswirken könnte.»

<sup>1184</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29 f., welcher von der «Festlegung der Daten» spricht.

<sup>1185</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

<sup>1186</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

konkrete Festlegung der Daten nutzen. Die semantische Ebene der Personendaten wird dagegen nicht geschützt.<sup>1187</sup> Bezüglich der Nutzung dieser auf der syntaktischen Ebene definierten Personendaten werden wiederum drei verschiedene Möglichkeiten dargestellt, wobei die dritte Option klar favorisiert wird.<sup>1188</sup> Die Betroffenen sollen die sie betreffenden Daten in der konkreten syntaktischen Form frei nutzen können, während die Unternehmen die Einwilligung der Betroffenen einholen oder den ausstehenden Miteigentumsanteil an dieser Festlegung erwerben müssten.<sup>1189</sup>

Die positiven Konsequenzen des Schaffens eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten, welches sich auf die syntaktische Ebene bezieht, sollen gemäss THOUVENIN sein, dass (1) die Nutzung von Personendaten auf der semantischen Ebene nicht beschränkt würde, (2) durch die Konstruktion als Miteigentum sowohl Betroffene als auch Unternehmen Dritten die Nutzung der Daten untersagen könnten, wobei die Unternehmen ihrerseits die Daten nur mit der Einwilligung der Betroffenen nutzen könnten, und (3) dass die betroffenen Personen für die Übertragung ihrer Rechte ein Entgelt verlangen könnten.<sup>1190</sup>

Im Vergleich zum geltenden Recht dürften sich dabei allerdings kaum Vorteile ergeben. Die betroffenen Personen können einerseits bereits nach der geltenden Rechtslage für die Nutzung ihrer Daten eine Gegenleistung verlangen. Es ist jedoch umgekehrt eher unwahrscheinlich, dass Unternehmen in den Erwerb eines vollen Rechts an der konkreten Festlegung von Daten investieren würden, wenn die Betroffenen oder Dritte die gleichen Daten beliebig oft auf der syntaktischen Ebene speichern (und verkaufen) können. Da Personendaten auf der semantischen Ebene, d. h. auf der Bedeutungsebene, definiert werden, ist es ohne Weiteres möglich, sie auf der Zeichenebene in unzähligen Varianten abzubilden.<sup>1191</sup> Rein praktisch wird nach einer gewissen Zeit nicht mehr nachvollzogen werden können, welches Unternehmen die alleinigen eigentumsartigen Rechte an welchen Daten hat, und welches Unternehmen hinsichtlich welcher Daten auf die Einwilligung der betroffenen Person angewiesen ist – Daten werden schliesslich auch zwischen Unternehmen gehandelt und ausgetauscht. Ausserdem stünden Personendaten, welche aus der Analyse der auf der syntaktischen Ebene definierten und erworbenen Personendaten entstehen, erneut originär im Miteigentum des Unternehmens, welches die Analyse durchgeführt hat, und der von den (neuen) Daten betroffenen Person. Schlussendlich wären die Unternehmen also trotz allem stets auf die Einwilligung der betroffenen Personen verwiesen. Der Umstand, dass die betroffenen Personen die sie betreffenden Daten beliebig oft festlegen können, führt aus augenscheinlichen Gründen auch dazu, dass Unternehmen Dritte faktisch nicht von der Nutzung der Daten ausschliessen können – zwar dürfte die konkrete Zeichenabfolge nicht genutzt werden, das wirtschaftlich

---

<sup>1187</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1188</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29 f.

<sup>1189</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29 f.

<sup>1190</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 30. THOUVENIN hält ausserdem dieses Modell auch für Sachdaten passend, wobei hier die Unternehmen Alleineigentümer wären.

<sup>1191</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202.

Interessante an Daten gilt jedoch stets ihrem Inhalt auf der semantischen Ebene und dieser wäre frei nutzbar.<sup>1192</sup>

Im Ergebnis kann dementsprechend ein eigentumsartiges Recht an Personendaten nur dann sinnvoll sein, wenn es sich auf die semantische Ebene, eben auf die Aussage über die betroffene Person, bezieht.<sup>1193</sup> Dabei sollte dieses Recht allein den von Daten Betroffenen zustehen, wenn sie in ihrer Verfügungsbefugnis nicht durch Miteigentümer eingeschränkt werden sollen. Ob und wie die Publizität eines solchen Rechts sichergestellt werden sollte, wäre eine weitere zu klärende Frage.<sup>1194</sup> Die Einführung eines Registers<sup>1195</sup> für Personendaten erscheint generell aufgrund der laufend an den unzähligen (internationalen) Orten neu entstehenden Datenmassen als eher schwer umsetzbar.

### b) Mögliche Begrenzungen durch Schrankenregelungen

Die Einführung eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten würde dazu führen, dass die Zuweisung an die betroffene Person nicht nur umfassend, sondern auch ausschliesslich ausgestaltet wäre. Damit würde jeder Eingriff in die Zuweisungssphäre eine Verletzung darstellen, womit auch Eingriffe erfasst wären, die nach heutigem Recht erlaubt wären, da sie keine Persönlichkeitsverletzung darstellen oder aufgrund eines überwiegenden Interesses an der Datenbearbeitung zulässig sind.

Deshalb könnte es sinnvoll sein, das Ausschliesslichkeitsrecht durch Schrankenregelungen zu begrenzen.<sup>1196</sup> Insbesondere könnte nur vor gewerblichen Nutzungen geschützt werden.<sup>1197</sup> Damit wäre beispielsweise die private Nutzung von Personendaten durch natürliche Personen erlaubt<sup>1198</sup> und auch die Nutzung zu Lehrzwecken zulässig. Zudem wäre eine zeitliche Begrenzung des Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten nach Vorbild des Patent- oder Urheberrechts denkbar.<sup>1199</sup>

### c) Abgrenzungsschwierigkeiten

Bei der Einführung eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten ergeben sich Schwierigkeiten aufgrund der Abgrenzung von Personendaten zu anderen Daten. Ob

<sup>1192</sup> HOPPEN, CR 2015, S. 804; DUISBERG, S. 562 f.; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 343; zum Ganzen SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 636; vgl. HEYMANN, CR 2015, S. 810, welcher darauf hinweist, dass auch der «Schutz der Daten [auf der syntaktischen Ebene, Anm. der Verfasserin] nie Selbstzweck [ist]. Er dient immer dem Schutz der in ihnen verkörperten Information.»

<sup>1193</sup> Dazu kritisch z. B. HOEREN, MMR 2019, S. 7.

<sup>1194</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; vgl. SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 129; ähnlich HOEREN, MMR 2019, S. 7.

<sup>1195</sup> Siehe dazu CHROBAK, S. 268 f.; ZECH, CR 2015, S. 146; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 989; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 184.

<sup>1196</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 74; vgl. SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 125; BUCHNER, DGRI 2011, S. 57; HOFMANN, GRUR 2018, S. 21, spricht (im Zusammenhang mit dem Urheberrecht) von Schrankenregelungen als «zentrales Instrument zur Fein-Formulierung eines ausgewogenen Schutzbereichs».

<sup>1197</sup> Vgl. ZECH, GRUR 2015, S. 1159, allerdings zum anders gelagerten Vorschlag zu einem Recht des Datenerzeugers.

<sup>1198</sup> Wie auch schon nach geltendem Recht, siehe Art. 1 Abs. 2 lit. a DSGVO.

<sup>1199</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; vgl. SPECHT, DGRI 2017, N 2. Zum Erschöpfungsgrundsatz bei digitalen Gütern z.B. HAUCK/HOFMANN/ZECH, S. 142 ff.

einzelne Daten die Identifikation einer Person zulassen, kann nicht abschliessend beantwortet werden und ist kontextabhängig.<sup>1200</sup> Damit Dritte den Geltungsbereich eines Ausschliesslichkeitsrecht zu respektieren in der Lage sind, muss dieser definiert und erkannt werden können. So müssen sich Schutzbereich und Rechteinhaber bestimmen lassen.<sup>1201</sup> Dies erscheint hinsichtlich Personendaten jedoch kaum zuverlässig möglich. Zu denken ist dabei auch an die Mehrrelationalität von Personendaten. Folgerichtig hält THOUVENIN denn auch fest, ein eigentumsähnliches Recht an Daten dürfte «nicht auf Personen- oder Sachdaten beschränkt sein, sondern muss alle Arten von Daten erfassen – oder eben gar keine».<sup>1202</sup>

## 2. Beschränkung der Nutzung von semantischer Information

Eine der wichtigsten Auswirkungen eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten betrifft die Nutzung von semantischer Information. Bestehende Immaterialgüterrechte greifen jeweils erst auf der Ebene der Innovation ein und ordnen diese einer Person zu.<sup>1203</sup> Ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten würde bereits vorher eingreifen, nämlich auf der Stufe der Entstehung der jeweiligen Daten.<sup>1204</sup> Aus der ausschliesslichen Zuweisung der Handlungsbefugnisse hinsichtlich Personendaten folgt, dass die Nutzung von semantischer Information beschränkt wird: Ausser dem Rechteinhaber kann die Information von niemandem genutzt werden, es sei denn der Rechteinhaber oder eine gesetzliche Schrankenregelung erlauben dies. Informationen werden monopolisiert.

Damit würde der Gemeingebrauch von Informationen verhindert.<sup>1205</sup> Personenbezogene Daten sind zwar einerseits sehr eng mit der Persönlichkeit der betroffenen Person verbunden, andererseits stellen sie jedoch auch eine Grundlage der gesellschaftlichen Kommunikation dar.<sup>1206</sup> Der gesellschaftliche Austausch ist auf die Nutzung von Personendaten angewiesen.<sup>1207</sup> Jedes Individuum entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb einer offenen, sozialen Gemeinschaft.<sup>1208</sup> Ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten wäre zudem mit den Grundrechten auf Meinungs- und

<sup>1200</sup> Dazu § 2 I 2.

<sup>1201</sup> SPECHT, CR 2016, S. 290; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; vgl. SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 129.

<sup>1202</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 22.

<sup>1203</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152.

<sup>1204</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 58.

<sup>1205</sup> SCHEUCH, S. 62; SCHNEIDER, S. 136; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 201; vgl. DRUEY, S. 84 f.

<sup>1206</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; DRUEY, S. 84 f., 101; vgl. DIVISI, Daten als Handelsware, S. 80; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 88.

<sup>1207</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; vgl. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 269; HEYMAN, CR 2016, S. 650; DETERMANN, ZD 2018, S. 504 f.; DRUEY, S. 80, 84 f., 101.

<sup>1208</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1154; vgl. dazu JENTZSCH, Dateneigentum, S. 5; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89 f.; DRUEY, S. 84 f.

Informationsfreiheit<sup>1209</sup> nicht zu vereinbaren.<sup>1210</sup> Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten läuft einer offenen Gesellschaft, in welcher Wissen und Informationen ausgetauscht werden, völlig zuwider.<sup>1211</sup> Gewisse Informationen müssen und sollen gemeinfrei bleiben,<sup>1212</sup> was einer Monopolisierung von semantischer Information entgegensteht.<sup>1213</sup>

Natürlich könnte diesen Argumenten entgegengehalten werden, mit Schrankenregelungen z. B. für private Nutzung, Nutzung für Lehrzwecke, Nutzung für Berichterstattung durch Medien<sup>1214</sup> usw. könnte dem Problem Abhilfe geschaffen und beispielsweise nur vor gewerblicher Nutzung geschützt werden. Allerdings bleibt zu bedenken, dass für jede Schranke neue Abgrenzungen und Definitionen notwendig werden und das Ausschliesslichkeitsrecht immer weiter aufgeweicht wird. Dies kann einerseits praktische Anwendungsprobleme schaffen. Zudem kann die Frage gestellt werden, welche die letztendliche Bedeutung des neu geschaffenen Ausschliesslichkeitsrechts ist, wenn viele und weitreichende Schrankenregelungen nötig werden. Wird allein die gewerbliche Nutzung von Personendaten zugewiesen, könnte letzten Endes die Innovationstätigkeit von Unternehmen, Autoren usw. beeinträchtigt werden. Dies erscheint nicht wünschenswert.

Die OECD sieht den freien Datenfluss sogar als ein Hauptziel und Rechte, die diesen Fluss hemmen, werden als Risiko gesehen.<sup>1215</sup> Gemäss der OECD-Studie sind Ausschliesslichkeitsrechte an Daten nicht die optimale Lösung.<sup>1216</sup> Gemäss der OECD muss zuerst empirisch festgestellt werden, ob die existierenden rechtlichen Rahmenbedingungen ausreichend sind.<sup>1217</sup> Allenfalls genügt es, einige Rechtsgebiete anzupassen, anstatt ein neues Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten zu schaffen.<sup>1218</sup>

---

<sup>1209</sup> Art. 13 Abs. 2, 16 BV; Art. 10 EMRK; dazu HUGENHOLTZ, S. 94 f.; vgl. BGE 138 II 346, 366, E. 10.6.1.

<sup>1210</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1154; HUGENHOLTZ, S. 84; ähnlich ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 201; HEYMANN, CR 2015, S. 809; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 890; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87.

<sup>1211</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 649; DORNER, CR 2014, S. 622, 626; ähnlich HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 269; HEYMANN, CR 2016, S. 650; dazu auch PEUKERT, Gemeinfreiheit, S. 60 ff.; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89 ff.; a. A. SCHULZ, S. 298.

<sup>1212</sup> Vgl. ZECH, GRUR 2015, S. 1151, 1160, zum Recht des Datenerzeugers; ähnlich DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; kritisch zur Monopolisierung von semantischer Information auch KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 997; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 814. Zu den Funktionen der Gemeinfreiheit PEUKERT, Gemeinfreiheit, S. 51 ff.

<sup>1213</sup> Vgl. RICHTER/HILTY, S. 245; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 166 f.; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 814; HEYMANN, CR 2015, S. 809.

<sup>1214</sup> Vgl. HUGENHOLTZ, S. 95; mit Hinweis auf die gesellschaftliche und demokratische Funktion von Daten HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 269.

<sup>1215</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; OECD 2015, S. 35, 195 ff.

<sup>1216</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; OECD 2015, S. 35.

<sup>1217</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78.

<sup>1218</sup> Vgl. ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78.

### 3. Übertragbarkeit der Zuweisung

Ein eigentumsartiges Recht an Personendaten würde diese nicht nur ausschliesslich zuweisen. Das Ausschliesslichkeitsrecht und damit die Zuweisung wäre zudem transitiv und konstitutiv übertragbar.<sup>1219</sup> Die bisherige Rechtslage mit der fehlenden Möglichkeit, Daten rechtlich zu übertragen, wurde von Stimmen der Lehre als fragwürdig kritisiert.<sup>1220</sup> Mit Schaffen eines eigentumsartigen Rechts könnten Personendaten veräussert und erworben werden.

Dritte, die von den betroffenen Personen das Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten erwerben, stünde die ausschliessliche Nutzung zu. Damit könnten sie auch den von den Daten Betroffenen die Nutzung verbieten.<sup>1221</sup> Natürlich könnte ein gesetzliches Nutzungsrecht der Betroffenen weiter vorgesehen werden. Allerdings wären in diesem Fall die Betroffenen nach einer rechtlichen Übertragung dennoch nicht mehr in der Position, sich gegen unliebsame Datenbearbeitungen wehren oder die Nutzung der Daten bestimmen zu können. Somit könnte sich das gut gemeinte Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten schnell gegen die Betroffenen wenden.<sup>1222</sup>

### 4. Personendaten als Haftungssubstrat

Eine weitere Wirkung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten ist die durch die rechtliche Übertragbarkeit neu eröffnete Möglichkeit, Personendaten als Haftungssubstrat heranzuziehen. Eigentumsartige Rechte können dem Rechteinhaber nämlich auch gegen dessen Willen entzogen werden.<sup>1223</sup> Zunächst ist die Errichtung von Pfandrechten möglich. Gemäss Art. 899 Abs. 1 ZGB können Forderungen und andere Rechte verpfändet werden, wenn sie übertragbar sind. Unter den Begriff der anderen Rechte werden auch Immaterialgüterrechte subsumiert;<sup>1224</sup> ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten würde ebenfalls darunter fallen.<sup>1225</sup> Im Gegensatz dazu sind Persönlichkeitsrechte nicht verpfändbar, da sie nicht rechtlich übertragen werden können.<sup>1226</sup> Ausserdem würde ein eigentumsartiges Recht an Daten der

<sup>1219</sup> Dazu § 1 II; vgl. auch SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 249; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1220</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 26.

<sup>1221</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28 f.; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11; DETERMANN, ZD 2018, S. 507; gemäss SATTLER, Personality, S. 42, werden Personendaten durch Einführung eines Ausschliesslichkeitsrechts an ihnen von den Datensubjekten emanzipiert.

<sup>1222</sup> Vgl. LANGHANKE, S. 159.

<sup>1223</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69.

<sup>1224</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, N 949, mit dem Hinweis, dass die Möglichkeit, Pfandrechte an Immaterialgüterrechten einzuräumen, in Art. 19 MSchG, Art. 30 lit. a MSchV, Art. 16 Abs. 1 DesG sowie Art. 25 Abs. 3 lit. e DesV ausdrücklich bestätigt wird. Dies gilt auch für die übrigen Immaterialgüterrechte, obwohl eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt.

<sup>1225</sup> Vgl. FAUST, S. 96.

<sup>1226</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, N 950.

Zwangsvollstreckung sowie der Verwertung im Rahmen des Privatkonkurses unterliegen.<sup>1227</sup> So könnten Personendaten beispielsweise zur Tilgung von Geldforderungen zwangsverwertet werden.<sup>1228</sup>

### 5. Lizenzierung weiterhin möglich

Schliesslich ist es wichtig zu beachten, dass bloss, weil die rechtliche Übertragbarkeit durch ein eigentumsartiges Recht an Personendaten möglich wäre, von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht werden würde. Die Einwilligung in die Nutzung der Personendaten als schuldrechtliche Erlaubnis – ohne rechtliche Übertragung von Daten – wäre weiterhin möglich. Wie in § 3 II. gezeigt, reicht die faktische Übertragbarkeit zur blossen Nutzung der Personendaten völlig aus. Auf diese Weise könnten die von den Daten Betroffenen die Nutzung der Daten noch weitgehend kontrollieren und würden sich dieses Rechts nicht entäussern. Faktisch entspräche dieses Modell dem in § 9 vorgestellten Vorschlag der unwiderruflichen Einwilligung, d. h. es könnten bindende Verträge über die Nutzung von Personendaten abgeschlossen werden.

Würde in der Praxis mehrheitlich von diesem Modell Gebrauch gemacht, stellt sich die Frage, welchen Vorteil ein übertragbares Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten mit sich bringt. Das Argument, dass die rechtliche Übertragbarkeit von Personendaten notwendig und durch ein eigentumsartiges Recht endlich möglich ist, könnte jedenfalls ins Leere laufen.

### 6. Zwischenergebnis

Ein eigentumsartiges Recht an Daten würde die Handlungsbefugnisse an Personendaten umfassend und ausschliesslich den von den Daten Betroffenen zuweisen. Da der Inhalt bzw. die Bedeutung der Personendaten das wirtschaftlich Interessante und ein Schutz der syntaktischen Ebene wenig sinnvoll ist, muss sich das Ausschliesslichkeitsrecht auf die semantische Ebene beziehen. Natürlich besteht die Möglichkeit, nicht alle Handlungsbefugnisse daran zuzuweisen. Die wichtigste Befugnis stellt die Nutzungsbefugnis dar, welche aber auf jeden Fall zuzuweisen ist. Durch Schrankenregelungen könnten Grenzen gezogen und bestimmte Nutzungen durch Dritte erlaubt werden. Schwierigkeiten können sich dennoch insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung von Sachdaten und aufgrund der Mehrrelationalität von Personendaten ergeben.

Die ausschliessliche Zuweisung (mindestens) der Nutzungsbefugnis hinsichtlich Personendaten führt zur Monopolisierung semantischer Information, welche bis anhin in unserer sozialen und offenen Gesellschaft weitgehend genutzt werden konnte. Dies ist kaum zu rechtfertigen, insbesondere angesichts von Grundrechten wie der Meinungs- und der Informationsfreiheit.

Die Ausgestaltung eines Rechts an Personendaten als eigentumsartiges Recht begründet auch die Möglichkeit zur rechtlichen Übertragung. Somit könnten sich Indi-

---

<sup>1227</sup> FAUST, S. 96; RIEHM, S. 91; vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, N 952; ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69.

<sup>1228</sup> FAUST, S. 96.

viduen sie betreffender Daten entäussern. Der Erwerber könnte sie damit grundsätzlich von der Nutzung der Daten ausschliessen. Können die Rechte an Personendaten rechtlich übertragen werden, können Personendaten als Haftungssubstrat fungieren. Das Errichten von Pfandrechten und die Verwertung im Zuge der Zwangsvollstreckung entgegen dem Willen der von den Daten betroffenen Person wäre möglich.

Um sich der sie selbst betreffenden Daten nicht zu entäussern und die Kontrolle weitgehend zu behalten, könnten die Betroffenen sich dazu entscheiden, die Nutzung der Personendaten auf dem Wege des Schuldrechts zu erlauben, anstatt ihre Rechte zu übertragen. Damit würde die Möglichkeit der faktischen Übertragung gewählt, welche bereits *de lege lata* zur Verfügung steht. Immerhin wäre die schuldrechtliche Verpflichtung bindend, wie in § 9 dargestellt. Eine hauptsächliche Wahl dieses Modells würde den praktischen Nutzen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten infrage stellen.

### III. Prüfung des Lösungsvorschlags

Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts für Personendaten ist nur dann sinnvoll, wenn damit auch auf die Interessen beim Datenhandel eingegangen wird. Deshalb wird im Folgenden geprüft, wie sich die Umsetzung des Vorschlags auf die einzelnen Interessen auswirken würde.

#### 1. Schutz der Persönlichkeit

Zunächst ist die Frage zu beantworten, wie sich das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten auf den Persönlichkeitsschutz auswirken würde. Die Befürworter eines solchen Rechts bringen vor, dadurch würde den von Daten Betroffenen wieder die Kontrolle über «ihre» Daten zurückgegeben.<sup>1229</sup> Gerade angesichts der wirtschaftlichen Vorteile, welche die datenbearbeitenden Unternehmen durch die Personendaten generieren, sollten die Individuen das Recht haben, über sie betreffende Daten zu bestimmen, und dies unabhängig von Verträgen, welche von einem Machtgefälle zugunsten der Unternehmen geprägt sind.<sup>1230</sup> So gut gemeint diese Anliegen sind, stellt sich dennoch die Frage, ob ein eigentumsartiges Recht an Personendaten tatsächlich das zielführende Mittel ist.

Natürlich würde mit Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten jeder Eingriff in den Schutzbereich eine Verletzung, womit dem Rechteinhaber Rechtsdurchsetzungsrechte zur Verfügung stehen würden. Hervorzuheben ist, dass insbesondere für einen bereicherungsrechtlichen Schutz das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten nicht notwendig ist, denn bereits nach der geltenden Rechtslage kann das durch unbefugte Nutzung von Personendaten Erlangte bereits über die Eingriffskondition herausverlangt werden.<sup>1231</sup> Wie gross der Vorteil

<sup>1229</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 116 f.; vgl. SCHULZ, S. 300; FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, ZD 2017, S. 104; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 37, 45; dazu kritisch RICHTER/HILTY, S. 243, 249.

<sup>1230</sup> Vgl. FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 127; FEZER, ZD 2017, S. 104 f. FEZER, MMR 2017, S. 4; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24; SCHULZ, S. 300.

<sup>1231</sup> Dazu § 3 III; im Gegensatz zum deutschen Recht, dazu FAUST, S. 95.

für die Betroffenen durch die ausschliessliche Zuweisung der sie betreffenden Daten ist, hängt entscheidend von den Schrankenregelungen ab.

Die Befürworter scheinen dagegen allerdings zu übersehen, dass sich ein eigentumsartiges Recht an Personendaten durch seine rechtliche Übertragbarkeit gerade gegen die Betroffenen auswirken würde: Nach Erwerb des Rechts könnten Unternehmen den Betroffenen die eigene Nutzung der jeweiligen Personendaten untersagen.<sup>1232</sup> Selbst wenn ein gesetzliches Recht der Betroffenen bestehen würde, sie selbst betreffende Daten weiter zu nutzen, hätten sie sich der Möglichkeit, über die Nutzung der Daten zu bestimmen, endgültig entäussert. Durch die Möglichkeit, Personendaten auch gegen den Willen der betroffenen Personen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder im Rahmen des Konkurses zu verwerten,<sup>1233</sup> könnten die Betroffenen ausserdem die Kontrolle über die Daten sogar dann verlieren, wenn sie sich dazu entschieden haben, das ihnen daran zustehende Recht nicht zu veräussern.<sup>1234</sup>

Durch die Befürworter eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten wird zudem vorgebracht, das derzeit bestehende Ungleichgewicht bei der Vertragsgestaltung zu Ungunsten der betroffenen Personen könnte durch solch ein Recht ausgeglichen werden.<sup>1235</sup> Eine genaue Erklärung, wie solch ein Recht bestehende Informationsdefizite sowie das Unvermögen der Betroffenen, den Gegenwart sie betreffende Daten zuverlässig abzuschätzen, ausgleichen soll, bleiben sie jedoch schuldig.<sup>1236</sup>

Angesichts dessen ist vor allem die Bezeichnung eines eigentumsartigen Rechts als «Bürgerrecht»<sup>1237</sup> hochproblematisch. Die erwünschte Wirkung, nämlich dass die betroffenen Personen stets die Kontrolle über die Nutzung von Personendaten innehaben, wäre durch ein eigentumsartiges Recht an den Daten in den aufgezeigten Fällen gerade nicht mehr gewährleistet.<sup>1238</sup> Durch den als Persönlichkeitsrecht ausgestalteten Schutz von Personendaten durch das geltende Datenschutzrecht kann dieses Ziel zumindest eher verwirklicht werden, auch wenn dabei wie aufgezeigt eigene Herausforderungen und Grenzen bestehen. Diese Schutzfunktion wird dem Daten-

---

<sup>1232</sup> Zum Ganzen: THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28 f.; auch THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11.

<sup>1233</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; dazu § 11 II. 4.

<sup>1234</sup> Kritisch dazu ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 73.

<sup>1235</sup> FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 116 ff.; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 21 f.; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4; FEZER, ZD 2017, S. 104 f.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 46; dazu kritisch RICHTER/HILTY, S. 249.

<sup>1236</sup> Vgl. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270 f., welche festhalten, angesichts des Ungleichgewichts bzw. des Machtgefälles «spielt es keine Rolle mehr, ob man die Beziehungen des Einzelnen zu seinen Daten eher *persönlichkeitsrechtlich* oder eher *eigentumsrechtlich* konstruiert – weder die eine noch die andere Perspektive führen zu einem angemessenen Schutz»; vgl. JENTZSCH, Dateneigentum, S. 16: «Dateneigentum stärkt nicht automatisch die Souveränität des Dateneigentümers.»

<sup>1237</sup> FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 109, 149; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24; ebenso BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 23.

<sup>1238</sup> Dazu RICHTER/HILTY, S. 255; vgl. THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11.

schutzrecht unter Vernachlässigung der vielfältigen Schutznormen immer wieder abgesprochen.<sup>1239</sup> Im Ergebnis würde sich durch Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten der Persönlichkeitsschutz im Vergleich zur aktuellen Situation massiv verschlechtern. Überdies ist nicht gesichert, dass die Betroffenen ihre Rechte an den sie betreffenden Daten am Ende auch genügend durchsetzen könnten.<sup>1240</sup>

Zweifelhaft ist überdies, ob das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Daten verfassungsrechtlich zulässig wäre. Könnten die Betroffenen von der Nutzung sie selbst betreffender Daten ausgeschlossen werden, würde dies gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht sowie die Menschenwürdegarantie verstossen.<sup>1241</sup>

## 2. Beteiligung am Wert der Daten

Weiter ist zu untersuchen, ob ein eigentumsartiges Recht an Personendaten dem Interesse, am Wert der Daten beteiligt zu werden, nachkommen würde. Von Befürwortern eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten wird argumentiert, die Betroffenen müssten die Möglichkeit haben, sie betreffende Daten kommerziell zu verwerten.<sup>1242</sup> Ein eigentumsartiges Recht an Daten würde eine «Teilhabe der Datensubjekte an der durch ihre Daten ermöglichten Wertschöpfung mit sich bringen»<sup>1243</sup>. Somit würde die Funktion des Datenschutzes vom reinen Persönlichkeitsschutz zu einer Beteiligung am wirtschaftlichen Wert von Personendaten ausgedehnt.<sup>1244</sup>

In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass bereits nach dem geltenden Recht eine Gegenleistung für die Erlaubnis, Personendaten zu nutzen, verlangt werden kann. Eine kommerzielle Verwertung von Personendaten ist deshalb schon heute möglich. Sicherlich würde allerdings das Einräumen eines (verbindlichen, weil nicht frei widerrufbaren) Nutzungsrechts oder die Übertragung aller Handlungsbefugnisse an den betreffenden Personendaten dazu führen, dass ein vergleichsweise höherer Preis erzielt werden könnte.<sup>1245</sup> Wenn allerdings eine Teilhabe am durch die Analyse der Personendaten generierten Gewinn erzielt werden soll, ist das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts allein nicht das geeignete Mittel. Schliesslich erhielte die betroffene Person nur einmalig den Kaufpreis, dessen angemessene Höhe sie kaum abschätzen können wird. Für die Höhe des Preises wird zudem auch die Menge der auf den Märkten angebotenen Personendaten ausschlaggebend sein. Aus diesen Gründen wäre denkbar, dass die Betroffenen keine massgeblich wertvollere Gegenleistung für

<sup>1239</sup> ESKEN, S. 76.

<sup>1240</sup> So ist gemäss WEBER, Herausforderungen, S. 17, die Anerkennung eines eigentumsartigen Rechts nur sinnvoll, wenn es auch tatsächlich durchsetzbar ist.

<sup>1241</sup> Für das deutsche Recht SPECHT, JZ 2017, S. 765; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 73; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, S. 78 ff.

<sup>1242</sup> ESKEN, S. 77.

<sup>1243</sup> BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; ebenso FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 117; FEZER, MMR 2017, S. 5; FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 48.

<sup>1244</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 66; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203 ff.; KILIAN, FAZ; vgl. VON LEWINSKI, Matrix des Datenschutzes, S. 50 ff.

<sup>1245</sup> Gemäss SCHÄFER/OTT, S. 71, ist «der Marktwert einer Ressource [...] umso höher, je exklusiver die mit ihr verbundenen Handlungsrechte [...] sind.»

ihre Personendaten erhalten würden als bisher. In Fällen der rechtlichen Übertragung ihrer Rechte an den Personendaten könnte die Gegenleistung in der Summe wohl sogar geringer ausfallen: Während die Betroffenen nach geltendem Recht einer unbegrenzten Anzahl an Dritten die Nutzung von Personendaten erlauben können, können sie ein eigentumsartiges Recht an diesen Daten nur ein Mal übertragen oder nur ein einziges ausschliessliches Nutzungsrecht an ihnen einräumen.

Um eine reale Beteiligung am durch die Analyse der Personendaten generierten Gewinn zu erreichen, müsste also ein Anspruch auf Vergütung, beispielsweise nach Vorbild des Urheberrechts, und entsprechende Verwertungsgesellschaften geschaffen werden. Dass dies sinnvoll wohl nur über eine nach einer noch zu bestimmenden Quote umzuverteilende Abgabe auf bestimmte Geschäftsmodelle umgesetzt werden könnte, wurde bereits aufgezeigt.<sup>1246</sup> Die für die Umsetzung dieses Ansatzes notwendigen Massnahmen knüpfen jedoch nicht am Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten an und erfordern weitere, insbesondere ökonomische Forschung.

FEZER schlägt vor, das eigentumsartige Recht an Personendaten durch einen Datentreuhänder ausüben zu lassen, eine «Datenagentur als Repräsentativorgan»<sup>1247</sup> aller Bürger.<sup>1248</sup> Diese Agentur soll dabei die «Geschäftsmodelle und Geschäftsbereiche der Unternehmen der kommerziellen Produktion, Sammlung, Verbindung, Bearbeitung, Vernetzung, Verwertung und Vermarktung von verhaltensgenerierten Daten der Bürger»<sup>1249</sup> regeln und anstatt der betroffenen Personen den Verhandlungspartner für die Unternehmen darstellen.<sup>1250</sup>

ESKEN hält bezüglich dieses Vorschlags kritisch und zutreffend fest:

«Die Idee der Gestaltung datenbasierter Technologien zum Wohle und unter Beteiligung der Menschen ist durchaus positiv zu bewerten, auch wenn das Konzept eine Definition des Gemeinwohls schuldig bleibt und auch nicht erklärt, wie die Repräsentation gesellschaftlicher Interessen gewährleistet werden soll. Auch die Trennung einer solchen repräsentativen Datenagentur von den übrigen Organen des Staates bleibt unerwähnt. Ohne diese Klärung ist die Ähnlichkeit mit dem Modell der chinesischen Digitalisierung frappierend, das an die steuerungsoptimistischen – gescheiterten – Ideen der 80er-Jahre bzw. eine hoch regulative Planwirtschaft anschliesst und zudem alle literarischen Phantasien einer staatlichen Überwachungsmaschinerie zu übertreffen droht.»<sup>1251</sup>

Nicht zuletzt ist die Frage, ob ein eigentumsartiges Recht an Personendaten eingeführt werden sollte, auch eine gesellschaftliche: Sollten Individuen mit dem Verkauf sie betreffender Daten tatsächlich Geld verdienen können, bestünde die Gefahr, dass sich manche Personen in bestimmten Situationen dazu gezwungen sehen könnten, sie betreffende Daten zu verwerfen – wobei der Erlös mit steigender Sensibilität der Personendaten zunehmen würde. Dazu kommt, dass Personendaten auch auf dem

<sup>1246</sup> Dazu § 6 IV. 2.

<sup>1247</sup> FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 23; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 154.

<sup>1248</sup> Vgl. auch FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, MMR 2017, S. 5; ebenso BUCHNER, DGRI 2011, S. 60.

<sup>1249</sup> FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 77; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 155.

<sup>1250</sup> FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 155; FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, MMR 2017, S. 5. Ein ähnlicher Vorschlag auch bei LADEUR, Fragmentierte Ordnung, S. 111 f., in Richtung einer «Daten-GEMA»; dazu ausführlich RIESENHUBER, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 8 ff.; dazu auch BUCHNER, DGRI 2011, S. 60.

<sup>1251</sup> ESKEN, S. 81.

Wege der Zwangsvollstreckung und im Fall des Privatkonkurses gegen den Willen der Betroffenen verwertet werden könnten.

Bei aller Befürwortung der Idee, dass die betroffenen Personen am Wert sie betreffender Daten partizipieren sollten, ist aus den dargelegten Gründen nicht zu vergessen, dass sich eine echte Verfügungsbefugnis sowohl im positiven als auch im negativen Sinne auswirken würde. Dies könnte schlimmstenfalls zu einer Zwei-Klassen-Gesellschaft führen, in der Privatheit bzw. Datenschutz vor allem finanziell besser Gestellten zur Verfügung stünde.<sup>1252</sup> Solch eine Entwicklung ist abzulehnen.

### 3. Entwicklung der Datenmärkte

Schliesslich ist zu prüfen, wie sich ein eigentumsartiges Recht an Personendaten auf die Entwicklung der Datenmärkte auswirken würde. Personendaten werden bereits faktisch gehandelt,<sup>1253</sup> der tatsächliche Handel mit Gütern kann allerdings auf Bedürfnisse nach neuen Ausschliesslichkeitsrechten hinweisen.<sup>1254</sup> Schuldrechtlichen Rechtsgeschäften kommt dabei bloss eine Behelfsfunktion zu.<sup>1255</sup> Die Schlüsselfrage ist, ob Personendaten ohne Bestehen von Ausschliesslichkeitsrechten ausreichend gehandelt werden können oder nicht.<sup>1256</sup>

Um Verträge über Personendaten abschliessen zu können, ist es nicht relevant, ob Ausschliesslichkeitsrechte an ihnen bestehen.<sup>1257</sup> Schuldverträge, die Personendaten zum Gegenstand haben, sind aufgrund der Vertragsfreiheit möglich.<sup>1258</sup> Für die faktische Übertragung von Personendaten ist das Anerkennen eines eigentumsartigen Rechts an ihnen nicht notwendig.<sup>1259</sup> Zudem kann durch Vertragsketten, mit z. B. gleichlautenden Nutzungsbefugnissen und Weitergabeverboten für alle Vertragspartner, bei Bestehen faktischer Exklusivität eine Situation hergestellt werden, die der Zuweisung durch Ausschliesslichkeitsrechte zumindest nahe kommt.<sup>1260</sup> Dabei bleibt allerdings stets eine gewisse Unsicherheit, denn faktische Exklusivität (Geheimhaltung) ist schwer zu handeln.<sup>1261</sup> Die Schwäche dieses Modells liegt jedoch in der Relativität von Schuldverhältnissen, denn durch Verträge kann keine Wirkung *erga omnes* erzeugt werden.<sup>1262</sup> Zudem können durch Verstärkung vorhandener Fehlentwicklungen (Marktversagen) auch gesamtwirtschaftlich nicht erwünschte Ergebnisse hervorgerufen werden.<sup>1263</sup> Durch das Schaffen eines *erga omnes* wirkenden

<sup>1252</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 648: «Zwei-Klassen-Datengesellschaft».

<sup>1253</sup> Dazu eingehend § 3 und § 4.

<sup>1254</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 90.

<sup>1255</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 90.

<sup>1256</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78.

<sup>1257</sup> FAUST, S. 94; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 814.

<sup>1258</sup> FAUST, S. 94.

<sup>1259</sup> FAUST, S. 95; dazu ausführlich § 3.

<sup>1260</sup> ZECH, CR 2015, S. 140; SPECHT, CR 2016, S. 290; vgl. ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 317; HUGENHOLTZ, S. 97.

<sup>1261</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 60.

<sup>1262</sup> SPECHT, CR 2016, S. 290; ZECH, CR 2015, S. 140; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 69 f.

<sup>1263</sup> ZECH, CR 2015, S. 140; ähnlich SPECHT, CR 2016, S. 289; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 21 f.

Ausschliesslichkeitsrechts, welches den Nutzen von Personendaten originär der betroffenen Person zuordnet, gäbe es einen klaren Ausgangspunkt für den Rechtsverkehr mit Personendaten.<sup>1264</sup> Durch die Verminderung von Rechtsunsicherheit könnten Transaktionskosten gesenkt werden.<sup>1265</sup>

Aktuell werden Personendaten vor allem auf den Primärmärkten, d. h. zwischen den betroffenen Personen und Unternehmen, gehandelt.<sup>1266</sup> Dort besteht keine unmittelbare Notwendigkeit, durch Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten in die Märkte einzugreifen. Auf Sekundärmärkten, d. h. auf der Ebene zwischen Unternehmen, ist der Handel mit Personendaten dagegen aufgrund der datenschutzrechtlichen Grenzen nur eingeschränkt möglich. Durch die Einschränkungen der Sekundärmärkte kann das Innovationspotenzial von Personendaten nicht voll ausgeschöpft werden. Dies ist aber nicht auf ein Marktversagen zurückzuführen, sondern stellt eine politische Entscheidung des Gesetzgebers dar, welche auch anders ausfallen könnte.<sup>1267</sup> Ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten könnte den Handel auf den Sekundärmärkten fördern, denn durch die Möglichkeit des Erwerbs des eigentumsartigen Rechts an den Daten hätten Unternehmen die uneingeschränkte Befugnis, über die Nutzung der erworbenen Daten zu bestimmen und sie auch weiterzuveräußern. Ein eigentumsartiges Recht an Personendaten könnte somit Rechtssicherheit und -klarheit hinsichtlich der Zuordnung der Daten schaffen, sowie Transaktionen vereinfachen.<sup>1268</sup> Das Recht, die Daten zu nutzen, würde von demjenigen erworben, der aus ihnen den grössten Nutzen ziehen kann und deshalb den höchsten Preis bezahlt. So könnten Personendaten besser alloziert werden.<sup>1269</sup> Die Rechteinhaber wären auch umfassend geschützt, z. B. gegen die unbefugte Weitergabe und Nutzung der Personendaten.<sup>1270</sup>

Es darf allerdings nicht vergessen werden, dass Personendaten selbst keine Innovation beinhalten, sondern lediglich das «Material» darstellen, welches durch innovative Technologien und Geschäftsideen verarbeitet wird.<sup>1271</sup> Durch die rechtliche Monopolisierung könnten andere Unternehmen als dasjenige, welches das Ausschliesslichkeitsrecht von den betroffenen Personen erworben hat, die Personendaten nicht mehr nutzen.<sup>1272</sup> Da auf diese Weise Konkurrenz verhindert werden könnte, besteht die Gefahr, dass ein eigentumsartiges Recht an Personendaten den Handel auf den Sekundärmärkten folglich sogar noch beeinträchtigen würde. Heute können sich Unternehmen – und damit auch Konkurrenten eines Unternehmens, welches über

<sup>1264</sup> Vgl. ZECH, CR 2015, S. 139 f., 145; SPECHT, Diktat der Technik, S. 73; RICHTER/HILTY, S. 248; SCHULZ, S. 287, 99; SATTLER, Personenbezug, S. 54; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 3.

<sup>1265</sup> RICHTER/HILTY, S. 248; vgl. SATTLER, Personenbezug, S. 54; kritisch allerdings THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11.

<sup>1266</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 22, 35; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; ähnlich SCHNEIDER, S. 117; vgl. SCHWEITZER, S. 304; dazu eingehend § 7.

<sup>1267</sup> Dazu oben § 7.

<sup>1268</sup> BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; vgl. ZIMMER, Property Rights, S. 107.

<sup>1269</sup> ZECH, CR 2015, S. 145.

<sup>1270</sup> Vgl. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 69.

<sup>1271</sup> Dazu § 6.

<sup>1272</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 319; ZIMMER, Property Rights, S. 104, 106; vgl. DUISBERG, S. 54, 70; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 15.

sehr grosse Datensammlungen verfügt – Personendaten entweder über den Primärmarkt direkt bei den Betroffenen beschaffen. Alternativ besteht die Möglichkeit, Datensammlungen von Datenhändlern zu beziehen. Diese Möglichkeiten würden durch das Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten verboten. Ohne das nötige «Material» würden deshalb viele neue Technologien und Geschäftsideen ausgebremst, wenn nicht sogar ganz verunmöglicht. Ein eigentumsartiges Recht an Personendaten könnte deshalb innovations- und wettbewerbshemmend wirken.<sup>1273</sup> Dies wird ökonomisch jedoch gerade nicht angestrebt. Ein freier Datenfluss wird stattdessen als innovations- und wettbewerbsfördernd angesehen.<sup>1274</sup> Abhilfe könnten hier zumindest in einigen Fällen wettbewerbsrechtliche Regelungen sowie allfällige Zugangsrechte zu Personendaten schaffen.<sup>1275</sup>

Da Ausschliesslichkeitsrechte die Handlungsfreiheit Dritter einschränken, bedürfen sie jedoch stets der Rechtfertigung.<sup>1276</sup> Dies gilt auch für ein eigentumsartiges Recht an Personendaten. Gerade das Anreizproblem, welches typischerweise durch das Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts behoben werden soll, stellt sich bei Personendaten allerdings nicht: Sie werden ohnehin in enormen Mengen erzeugt sowie automatisiert erhoben und ihre Gewinnung wird durch den technischen Fortschritt zunehmend günstiger.<sup>1277</sup> Wirtschaftswissenschaftler konnten bisher kein Anreizdefizit feststellen, welches durch ein eigentumsartiges Recht an Daten beseitigt werden könnte.<sup>1278</sup> Personendaten werden von den Betroffenen in genügender Menge generiert und offenbart und es haben sich Märkte für diese Daten gebildet.<sup>1279</sup> Dass kein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten besteht, beeinträchtigt die wirtschaftlichen Anreize der Unternehmen, Personendaten zu sammeln und zu speichern, nicht.<sup>1280</sup> Ein rechtlicher Schutz vor Trittbrettfahrerverhalten («free riding») ist auch deshalb entbehrlich, da durch den Einsatz technischer Schutzmassnahmen das Teilen bzw. Handeln von auf einem Server befindlichen Daten mit Einräumen begrenzter Zugriffsrechte möglich ist.<sup>1281</sup> Obwohl Markttransaktionen klassischerweise auf dem Austausch von eigentumsartigen Rechten an verkehrsfähigen Gütern basieren,<sup>1282</sup>

<sup>1273</sup> Vgl. DUISBERG, S. 70; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 72; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 320; HUGENHOLTZ, S. 96; PEARCE, EDPL 2018, S. 199.

<sup>1274</sup> Vgl. ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; HUGENHOLTZ, S. 96; OECD 2015, S. 35, 195 ff.

<sup>1275</sup> Vgl. dazu NAUMER, S. 235; HUGENHOLTZ, S. 96; differenzierend SPECHT, Diktat der Technik, S. 70 ff.

<sup>1276</sup> ZECH, CR 2015, S. 144; DORNER, CR 2014, S. 625; vgl. SPECHT, Diktat der Technik, S. 73, 225; SPECHT, DGRI 2017, N 1.

<sup>1277</sup> ZECH, CR 2015, S. 144 f.; vgl. FAUST, S. 98 f.; dazu auch § 6.

<sup>1278</sup> ESKEN, S. 78 f.; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 278 f.; vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

<sup>1279</sup> Vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 992 ff.; vgl. ZECH, CR 2015, S. 145 zum Offenbarungsgedanken und zur Handelbarkeit; zu den Märkten für Personendaten siehe § 7.

<sup>1280</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 69, 72; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

<sup>1281</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 68; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 278 f.; vgl. SPECHT, Diktat der Technik, S. 71 f., 183 ff.; zu den Basistechnologien S. 186 ff.

<sup>1282</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 171.

werden Personendaten bereits faktisch auch ohne Bestehen echter Ausschliesslichkeitsrechte an ihnen gehandelt.<sup>1283</sup> Die Datenwirtschaft funktioniert in dieser Hinsicht folglich bis dato auch ohne eigentumsartige Rechte an Personendaten.<sup>1284</sup> Ob die datenschutzrechtlichen Schranken auf den Sekundärmärkten abgebaut werden sollten, ist eine davon unabhängige Frage. Wichtig ist die Erkenntnis, dass das Nichterteilen eines eigentumsartigen Rechts ökonomisch genauso sinnvoll sein kann wie das Erteilen.<sup>1285</sup>

#### IV. Ergebnis

Weder das geltende Datenschutzrecht noch bestehende Ausschliesslichkeitsrechte wie das Sacheigentum oder das Immaterialgüterrecht bieten eine Grundlage für ein eigentumsartiges Recht an Personendaten. Dafür wäre also das Schaffen eines eigenen Rechtsinstituts, eines Immaterialgüterrechts *sui generis*, notwendig.

Durch ein eigentumsartiges Recht an Personendaten würden die Handlungsbefugnisse an ihnen originär und ausschliesslich den betroffenen Personen zugewiesen. Während nicht unbedingt alle Handlungsbefugnisse zugewiesen werden müssen, ist jedoch die Zuweisung der Nutzungsbefugnis entscheidend. Ausserdem konnte gezeigt werden, dass ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten nur sinnvoll wäre, wenn sich die Zuweisung auf die semantische Ebene der Personendaten beziehen würde. Eine Begrenzung des Ausschliesslichkeitsrechts wäre durch Schrankenregelungen möglich, so z. B. für den privaten Gebrauch von Personendaten. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Personen- und Sachdaten, die bereits nach geltendem Recht bestehen, werden durch die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten nicht gelöst. Dasselbe gilt für die Mehrrelationalität von Personendaten.

Eine direkte Folge des Schaffens eines Ausschliesslichkeitsrechts an der semantischen Ebene der Personendaten wäre, dass die Nutzung semantischer Information beschränkt würde. Dies ist insbesondere problematisch, weil Personendaten eine Grundlage unserer gesellschaftlichen Kommunikation darstellen. Vor allem die Meinungsfreiheit könnte dadurch verletzt werden. Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten läuft einer offenen Gesellschaft, in welcher Wissen und Informationen ausgetauscht werden, völlig zuwider.<sup>1286</sup>

Durch die Möglichkeit, eigentumsartige Rechte an Personendaten rechtlich übertragen zu können, könnten sogar die von den Daten Betroffenen von der Nutzung ausgeschlossen werden. Bei gesetzlichem Einräumen eines einfachen Nutzungsrechts zugunsten der Betroffenen auch im Falle der rechtlichen Übertragung des Ausschliesslichkeitsrechts könnten die Betroffenen zwar sie betreffende Daten weiter selbst nutzen, jedenfalls aber nicht mehr über die weitere Nutzung dieser Daten be-

<sup>1283</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1037; DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; METZGER, AcP 2016, S. 826; vgl. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 72; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178 ff.

<sup>1284</sup> ESKEN, S. 78 f.; dazu KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 9, 72; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 342; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 16; vgl. jedoch die Kritik von KERBER, Rights on Data, S. 120 ff.

<sup>1285</sup> POSNER, S. 401.

<sup>1286</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 649.

stimmen. Um dies zu verhindern, ist denkbar, dass von der Möglichkeit der rechtlichen Übertragung in der Praxis nur wenig Gebrauch gemacht werden würde. Stattdessen könnten Nutzungsrechte an Personendaten in Form von Lizenzen vergeben werden, was im Ergebnis etwa dem Vorschlag der unwiderruflichen Einwilligung, welcher in § 9 dargestellt wurde, entspräche. Damit wäre die Sinnhaftigkeit eines Ausschliesslichkeitsrechts allerdings infrage gestellt.

Als Folge der rechtlichen Übertragbarkeit würden Personendaten ausserdem als Haftungssubstrat fungieren. Sie könnten Gegenstand von Pfandrechten sein und sogar auf dem Weg der Zwangsvollstreckung und im Falle des Privatkonkurses gegen den Willen der betroffenen Person verwertet werden.

Weiter wurde untersucht, wie sich das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten auf die Interessen beim Datenhandel auswirken würde. Zunächst würde vor allem aufgrund der Möglichkeit der rechtlichen Übertragung des Ausschliesslichkeitsrechts das Niveau des Persönlichkeitsschutzes im Vergleich zur bisherigen Regelung massiv sinken. Den Zielen, die von Daten Betroffenen besser zu schützen und ihnen eine bessere Kontrolle über sie betreffende Daten zu ermöglichen, wird der Vorschlag dementsprechend nicht gerecht.<sup>1287</sup>

Dem zweiten Interesse an einer Wertbeteiligung der betroffenen Personen an durch Personendaten generierten Gewinn wird der Vorschlag auch nur zum Teil gerecht. Natürlich könnten Personendaten durch Entäusserung der an ihnen bestehenden Ausschliesslichkeitsrechte effektiv verkauft werden. Es bestehen aber Zweifel daran, ob die dadurch erworbenen Gegenleistungen tatsächlich mehr Wert wären als die bisher im Gegenzug zur Einwilligungserteilung erhaltenen, zumal ein Ausschliesslichkeitsrecht nur ein Mal (vollständig) veräussert werden kann. Wichtig ist jedoch zu beachten, dass in dieser Hinsicht ein eigentumsartiges Recht nicht nur freiwillig zum Vorteil, sondern auch zum Nachteil bzw. gegen den Willen der Betroffenen veräussert werden kann, so beispielsweise auf dem Weg der Zwangsvollstreckung. Ob solch eine Entwicklung gesellschaftlich wünschenswert ist, sei dahingestellt, zumal sich daraus im Extremfall eine Zwei-Klassen-Gesellschaft mit Privatsphäre als Luxusgut entwickeln könnte.

Schliesslich kann festgehalten werden, dass ein eigentumsartiges Recht an Personendaten zur Entwicklung funktionierender Märkte nicht notwendig ist. Der Handel auf den Primärmärkten funktioniert auch ohne ein solches Recht gut. Der Handel auf den Sekundärmärkten könnte aufgrund des Schaffens von Rechtssicherheit und klaren, beständigen Zuweisungen einerseits zwar gefördert werden. Andererseits besteht auch ein grosses Missbrauchspotenzial der Monopolisierung eines für innovative Technologien und Geschäftsmodelle notwendigen «Materials». Im Gegensatz zur heutigen Regelung könnten Konkurrenten sich die notwendigen Personendaten nicht mehr aus anderen Quellen auf den Primär- oder Sekundärmärkten beschaffen, wenn ein Unternehmen den Zugriff auf seine Datensammlung verwehrt. Insofern könnte ein eigentumsartiges Recht den Handel auf den Sekundärmärkten sogar noch hemmen, was wohl nicht immer durch wettbewerbsrechtliche Regelungen oder allfällige Zugangsansprüche ausgeglichen werden kann. Es kann jedenfalls festgehalten

---

<sup>1287</sup> Ähnlich DIVSI, Daten als Handelsware, S. 70.

werden, dass aufgrund der Möglichkeit der faktischen Übertragung von Personendaten der Handel auf den Märkten bisher auch ohne Bestehen eigentumsartiger Rechte funktioniert. Ökonomen konnten keine Anreizprobleme ausmachen, welche durch das Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts behoben werden könnten. Stattdessen besteht die Gefahr, dass sich ein eigentumsartiges Recht an Personendaten innovationshemmend auswirken könnte.<sup>1288</sup>

Bei genauerer Betrachtung der Interessenlage spricht kaum etwas für die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten.<sup>1289</sup> Selbst die Ziele, welche von Befürwortern eines solchen Rechts verfolgt werden, liessen sich damit nicht oder nur verbunden mit überwiegenden Nachteilen erreichen.

Das Schaffen eigentumsartiger Rechte an (Personen-)Daten wird in der Lehre auch überwiegend abgelehnt, meist mit Hinweis auf die erheblichen damit einhergehenden Gefahren.<sup>1290</sup> FAUST hält diesbezüglich treffend fest, es sei praktisch durchaus erheblich, ob ein Ausschliesslichkeitsrecht an Daten bestehe oder nicht.<sup>1291</sup> Das praktische Bedürfnis an der Einführung solch eines Rechts erscheine allerdings nur gering.<sup>1292</sup> ESKEN ist der Ansicht, es bedürfe neuer Ideen und Steuerungskonzepte, um die Datenwirtschaft zu stärken und gleichzeitig auf das Wohl der Menschen auszurichten; ein Ausschliesslichkeitsrecht an Daten sei jedenfalls ein dafür ungeeignetes Konzept.<sup>1293</sup>

HÜRLIMANN/ZECH weisen schliesslich darauf hin, ein Recht an Daten müsse von Beginn an international eingeführt werden.<sup>1294</sup> SCHNEIDER erwähnt ebenso die «Notwendigkeit einer multidimensionalen Datenverkehrsordnung»<sup>1295</sup> und die Berücksichtigung der internationalen Dimension der Datenökonomie.<sup>1296</sup> Angesichts der Internationalität der Datenmärkte ist dieser Ansicht zuzustimmen, denn ein nur in der

---

<sup>1288</sup> DUISBERG, S. 70.

<sup>1289</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51 f.; vgl. RICHTER/HILTY, S. 243.

<sup>1290</sup> Z. B. ZECH, CR 2015, S. 144; ESKEN, S. 81; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51 f.; RICHTER/HILTY, S. 256; HUGENHOLTZ, S. 96 f.; DORNER, CR 2014, S. 625 f.; HEYMANN, CR 2015, S. 809; DUISBERG, S. 63, 70; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 70; kritisch SPECHT, CR 2016, S. 294 f.; SATTLER, Personenbezug, S. 54; DETERMANN, ZD 2018, S. 508; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 340 ff.; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 10 ff.; vgl. UNSELD, Kommerzialisierung, S. 53; umfangreiche Nachweise zur Ablehnung eines eigentumsähnlichen Rechts an Personendaten bei FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 123; gemäss BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 166, eignet sich das Datenschutzrecht nicht für die Begründung eines «Dateneigentums»; im Bericht AG Digitaler Neustart, S. 92 f., 97, wurde sowohl die Schaffung eines eigentumsartigen Rechts an Daten abgelehnt als auch die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts in Richtung Ausschliesslichkeitsrecht.

<sup>1291</sup> FAUST, S. 96.

<sup>1292</sup> FAUST, S. 96; ebenso SCHEUCH, S. 63.

<sup>1293</sup> ESKEN, S. 83.

<sup>1294</sup> HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 13.

<sup>1295</sup> SCHNEIDER, S. 138 ff.

<sup>1296</sup> SCHNEIDER, S. 124.

Schweiz existierendes Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten wäre kaum umsetzbar.<sup>1297</sup> KILIAN fordert denn auch ein internationales «Global Model Law»<sup>1298</sup> bzw. eine United Nations Data Privacy Convention.<sup>1299</sup>

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

---

<sup>1297</sup> Ebenso SCHULZ, S. 298.

<sup>1298</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174.

<sup>1299</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174.